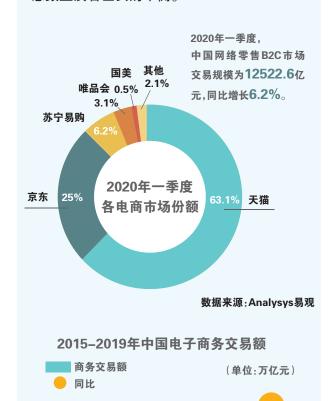
编辑 常蕾 美编 白杨 责校 池红云 电话:64101673 syzx10@126.com

反垄断红线划定 平台经济秩序重塑

11月10日,国家市场监管总局公布了《关于平台经济领域的反垄断指南》(征求意见稿)(以下简称"征求意见稿"),矛头直指时下互联网平台经济领域愈演愈烈的垄断行为。定价合理性、是否拒绝交易以及"二选一"等均有来细化至毫厘的条款。当下,互联网平台几乎囊括了生活的方方面面,出门旅行、支付交易、实物商品购买,各领域均有着极具话语权的独角兽。巨头之间和平相处以及小平台的夹缝生存、巨头体系内的竞争和抗衡……横向与纵向悉数上演着巨头的平衡。



29.16

2017年

21.79

• 政策解读

1 新客优惠不算大数据杀熟

打车软件对相同客户采取不同定价,订酒店会员 比普通用户花钱更多……近年来"大数据杀熟"行为 饱受争议。

征求意见稿第十七条明确指出,具有市场支配地位的平台经济领域经营者,可能会基于大数据和算法,根据交易相对人的支付能力、消费偏好、使用习惯等,实行差异性交易价格或者其他交易条件。与此同时,征求意见稿也明确了四条平台经济领域经营者实施差别待遇行为可能具有的正当理由,其中包括,针对新用户的首次交易在合理期限内开展的优惠活动等。

华东政法大学竞争法研究中心执行主任钟刚副

教授指出,明确正当理由并非是给商家可乘之机,而 是遵循市场逻辑,维护商家的正常盈利空间。据钟刚 介绍,法律程序上判定 大数据杀熟"是否成立也会给 予双方同样的举证权利。

然而,北京市消费者协会曾在发布 大数据杀熟"问题调查结果时指出,经营者通常以商品型号或配置、享受套餐优惠、时间点不同等为理由进行自辩,不对外公布具体算法、规则和数据。与此相反,消费者维权则常常陷入举证难的境地。查询裁判文书网不难发现,曾有消费者以 大数据杀熟"为由将某外卖平台诉至法院,但因举证难,一审二审均败诉。

2/ 流量限制可能被认定为 二选一"

此次征求意见稿还将备受关注的 二选一"现象 界定为限定交易行为。同时规定了认定是否构成限定 交易重点考虑的两种情形:

一是平台经营者通过搜索降权、流量限制、技术 障碍、扣取保证金等惩罚性措施实施的限制,因对市 场竞争和消费者利益产生直接损害,一般可认定构成 限定交易行为。

二是平台经营者通过补贴、折扣、优惠、流量资源 支持等激励性方式实施的限制,可能对平台内经营 者、消费者利益和社会整体福利具有一定积极效果, 但如果对市场竞争产生明显的排除、限制影响,也可 能被认定构成限定交易行为。 在斐石律师事务所管理合伙人周照峰博士看来,"二选一"也存在极大的通过附加不合理条件滥用市场支配地位的嫌疑。征求意见稿第十六条明确;以搜索降权、流量限制、技术障碍等惩罚性措施,强制交易相对人接受其他商品"对交易条件和方式、服务提供方式、付款方式和手段、售后保障等附加不合理限制"等均构成附加不合理交易条件。

在周照峰经历过的项目中,还存在互联网平台利用 其市场支配地位,在谈判相关涉及个人信息保护的条款 时,强制要求需要使用互联网平台提供服务的企业,完 全按照其规定的条款执行,即便其条款本身存在不合理 的地方,也不允许修改等附加不合理交易条件的行为。

3/ 特定个案可直接认定平台垄断行为

"过去涉及互联网平台的反垄断案件非常少。之所以少,其中原因之一就是互联网平台强调其平台有特殊性, 从而在相关市场定义上做文章。"周照峰一针见血地指出。

据了解,对于平台经济领域滥用市场支配地位案件,相关市场界定通常是认定经营者滥用市场支配地位行为的第一步。周照峰告诉北京商报记者,现有法律并未明确规定如何定义相关市场,所以打官司时经常会在相关市场定义上消耗很长时间,导致进展缓慢,小企业很容易吃亏。

此次征求意见稿第四条则明确规定了定义相关市场 并非在任何情况下都是必须的,要求坚持个案分析原则。 在特定个案中,如果直接事实证据充足,只有依赖市场支配 地位才能实施的行为持续了相当长时间且损害效果明显,准 确界定相关市场条件不足或非常困难,可以不界定相关市 场,直接认定平台经济领域经营者实施了垄断行为。

对于模糊状态下的还有涉及协议控制 VIE) 架构的交易是否需要申报的问题。据钟刚介绍,涉VIE架构的交易一直处于一个灰色地带,法律上既没有明确要申报,也没有明确不需要申报,不少企业在实践过程中,通常比较迷惑。

周照峰也有同感,他告诉北京商报记者;之前在给一个交易做反垄断评估的时候,就被客户告知该交易因为涉及交易的一方是VIE架构,所以不用考虑中国申报。这本身是明显不合法的解释,但是因为以往的实践,给企业造成了错误的理解"。

此次征求意见稿第十八条明确规定,涉及VIE架构的经营者集中,属于经营者集中反垄断审查范围。经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报。



- X 西街观察 ijie observation

2016年

平台经济不是垄断的法外之地

34.81

2019年

31.63

2018年

数据来源:《中国电子商务报告2019》

陶凤

"双11"前夜,市场监管总局就《关于平台经济领域的反垄断指南(征求意见稿)》公开征求意见。《指南》中明确指出,互联网平台企业不得滥用优势地位强迫商家站队"二选一",并透露此后将依法查处一批违法案件,密集出台一批规章制度。该指南意在预防和制止互联网平台经济领域垄断行为,降低行政执法和经营者合规成本,加强和改进平台经济领域反垄断监管。

几天前,中央网信办、市场监管总局、税务总局三部门联合召开规范线上经济秩序行政指导会,27家主要互联网平台企业代表参加会议。规范线上市场公平公正的竞争秩序,持续推动整治线上平台垄断、不公平竞争。

近年来,以"二选一""大数据杀熟"为代表,一系列有悖市场公平竞争的行为在各大平台频频出现,在社会上饱受诟病。消费者迫于无法提供行之有效的证据,常常面临消费维权难的窘境,而广大中小经营主体,由于自身市场力量单薄,应对强势一方又难免力不从心。

借着互联网的强劲势头和市场经营主体的力量,平台经济重塑了诸多传统领域的利益格局,一边成长为某个行业的超级独角兽公司。它们遍布衣食住行等方方面面,虽然商业模式不尽相同,但有共同的特征,经常在一个关键网络应用保持绝对的竞争优势,并且借助

自身平台便利,不断延伸到媒体、购物、娱乐、金融等各个传统领域。

由于具有市场支配地位的企业具有很大的市场力量,它们实施的限制竞争行为会给市场结构和市场秩序带来很大的损害后果。针对平台经济反垄断的政策法规加快推进,成为对应国内互联网经济高速发展、渗透力不断增强、影响力不断扩大的应有之意。

对于平台经济的监管,尤其是约束巨头成为共识。但形成于本世纪初的《反垄断法》相对滞后,亟待修订后的新法补位。面临越来越复杂的形势,如何实施有效的监管、选择什么样的时机、以什么样的方式手段,考验颇多。

新发布的《指南》关注到互联网反垄断领域的诸多焦点问题,这些问题涉及VIE架构交易申报、数据、技术和算法。希望以此打破监管盲区,厘清市场界定的模糊地带,为反垄断的立法实践提供了更多极具现实意义的指引。

市场经济是法治的经济。解决这些新兴垄断问题的关键也在于,根据数字时代的情况对立法进行革新。这意味着要对互联网和数字基础设施进行监管创新,既要以开放为导向,创造平等的市场环境以迎接更多市场主体,维持市场竞争活力,又不能放任任何人置身法外追求无限利润和无边界的权力。

■商家

相较于2019年9月1日起施行的《禁止滥用市场支配地位行为暂行规定》,征求意见稿在限定交易一则里增加了"二选一"的表述。第十五条限定交易,分析是否构成限定交易行为时,要求交易相对人在竞争性平台间进行"二选一"或者其他具有相同效果的行为。

使用不同名称规避 二选一"查处

尽管 二选一"并不是法律术语,也没有上升到法律层面,但是首次将 二选一"以文字形式写人执法机构可参考的指南。实际上,每逢电商大促 二选一"几乎如影随形,电商平台全部指责竞争对手 无理取闹",品牌商为了表忠心纷纷明确阵营、拜码头。此前,阿里、京东、拼多多和苏宁均因 二选一"多次成为舆论中心,今年爱库存和唯品会同样因此备受关注。

"平台多少都会让品牌商进行排他,或是以书面的形式,或是口头协商。"张先生 化名)在广州经营着一家颇具规模的服饰工厂,他对于"二选一"已经习以为常,甚至还有了如何规避平台查处的心得",用不同的品牌名字,干脆启用新品牌"。

此外,张先生还会让不同平台上呈现的商品信息、图片完全不同,设计和搭配稍作差异化处理。因为平台的管理者也很鸡贼,他们会用不同的方式搜索产品,对比各种细节,哪怕是生产信息、发货地址等。"张先生坦言,真的很累,但为了多一个渠道也没办法。"

当然也有品牌商家无惧平台诸如"二选一"这样的无理要求。一位销售牛羊肉的经营者向北京商报记者表示"我们牛羊肉不愁销售渠道,产品品质过关也有市场认可度,所以会直接忽略'不得人驻其他平台'的要求。"在他看来,品牌商和电商渠道的关系就像是弹簧,此强彼弱,品牌影响力有限且需要电商帮助其完成冷启动的品牌,多数还是对电商有依赖。

该负责人表示,在与各路电商合作的六年里,对以"二选一"为代表的排他性交易司空见惯"大促前3个月,各种要求和劝说就开始了""即便非6·18、双11时期,平台负责与商家沟通的工作人员,也会暗示或明示商家不要在其他电商平台销售相同型号的商品,甚至会直接告诉商户不要进驻"。

■平台

随着大数据技术日渐成熟和普及,平台对其使用引来了不少反对声音,大数据杀熟就是代表性案例。不少消费者一致困惑出行平台的差别待遇,同一时间、同一上车和下车地点,在均不使用优惠券的情况下,结算和预估的价格出现差异"酒店同房不同价"也是提供酒店预订平台上的热门话题。此外,有消费者反映,购买同一件商品时,付费会员往往要比非会员支付更高的价格。

大数据成为托词

对于上述纠纷和疑虑,互联网平台给出的解释包括了系统不成熟、优惠券不同、外界实际因素等,或者一口咬定 平台绝不会做大数据杀熟的事情"。尽管众说纷纭,但大数据杀熟或许能在本次规则出台后有所收敛。

一位电商行业的分析师称,短期来看,大数据杀熟确实能为企业赚取更多的利润;长期来看,会透支消费者对平台和品牌的信任。该分析师认为,大数据杀熟反而是技术不成熟的体现,因为做不到公平公正,平台构建的健康的商业生态就不存在了。

此外,在限定交易中,征求意见稿也强调了不恰当使用数据可产生的垄断行为。限定可能通过平台规则、数据、算法、技术等方面的实际设置限制或者障碍的方式实现。一位家电品牌代理商对北京商报记者表示,店铺就曾遇到过搜索降权",消费者搜索品牌时"店铺从第一位直接降到第三位或者更为靠后"。

他还指出,平台负责人对店铺显示位置靠后的说法是:店铺排名都是大数据评估后得出的结论,搜索、成交数据等都会纳入到数据统计。这只是一种说辞,当时品牌和平台之间因在价格和产品上出现了分歧,但在另外一家平台上的商品价格更低,产品型号更新。可平台不会明说,搜索降权和流量限制,就成了变相的警告方式,对店铺在大促期间的影响十分明显,销售额往往是非大促期间的1/3还不到。"

北京商报记者 赵述评 实习记者 刘迪雅